

Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit (§ 7 SGB IV) – Telefonsex – Sittenwidrigkeit;  
hier: Anmerkung von Prof. Dr. Jochem Schmitt, Berlin, zum  
BSG-Urteil vom 10.8.2000 – B 12 KR 21/98 R – in  
"Die Sozialgerichtsbarkeit" 3/2002, 178-181

Das BSG hat mit Urteil vom 10.8.2000 – B 12 KR 21/98 R –  
(HVBG-INFO 2000, 2767-2772) Folgendes entschieden:

#### Leitsatz

1. Zur Abgrenzung abhängiger Beschäftigung von selbständiger Tätigkeit bei Honorarkräften, die über Bildschirmtext Dialoge sexuellen Inhalts führen.
2. Der Versicherungspflicht einer solchen Beschäftigung steht eine etwaige Sittenwidrigkeit nicht entgegen.

#### Orientierungssatz

Die Grundsätze des faktischen Arbeitsverhältnisses finden nur dann keine Anwendung, wenn dem Vertrag so schwere Rechtsmängel anhaften, daß die Anerkennung quasi-vertraglicher Ansprüche der Grundauffassung der geltenden Rechtsordnung widersprechen würde. Letzteres hat das BAG zB für die Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf der Bühne angenommen (vgl. BAG vom 1.4.1976 - 4 AZR 96/75 = AP Nr 34 zu § 138 BGB = NJW 1976, 1958).

#### Anmerkung:

Rechtsgeschäfte, durch die sich die eine Partei zu Betätigungen mit sexuellem Bezug verpflichtet, sind Teil der sozialen Realität. Ihre rechtliche Einordnung und Bewertung ist im Fluss (vgl. etwa Wessel, NJW 1998, 120). Eine Schleuse hat das Verwaltungsgericht Berlin geöffnet, als es sich gegen die Einstufung der Prostitution als sittenwidrig – im ordnungsrechtlichen Sinne – wandte (VG Berlin NJW 2001, 983). Auch die Politik hat sich der Problematik angenommen. So haben die Regierungsfractionen im Juli 2001 den „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten“ eingebracht (BT-Drs. 14/5958), vorerst jedoch wieder zurückgezogen.

Ob es sich bei alledem um die Vorboten einer grundlegenden Wende handelt, bleibt abzuwarten. Der Rechtsanwender darf, mag auch der ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriff der Sittenwidrigkeit dazu verleiten, den Ausgang der politischen Diskussion nicht vorwegnehmen. So wies das OLG Düsseldorf kürzlich zu Recht darauf hin, dass Vertragsgegenstände, die bisher unter der Überschrift der Sittenwidrigkeit problematisiert wurden, nun nicht einfach mit dem Hinweis auf die aktuelle parlamentarische Debatte als unproblematisch eingestuft werden dürfen (OLGR Düsseldorf 2001, 357). Vielmehr ist einstweilen an der bestehenden Dogmatik festzuhalten, einer Dogmatik, zu der die hier zu besprechende Entscheidung des Bundessozialgerichts, der sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen ist, einen wichtigen Beitrag leistet.

Das BSG hatte zu entscheiden, ob Honorarkräfte, die für ihren Auftraggeber über Bildschirmtext mit Dritten Dialoge sexuellen Inhaltes führen, der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Dabei kam es zum einen auf die Frage an, ob die Tätigkeit der Honorarkräfte als abhängige Beschäftigung oder als selbstständige Tätigkeit einzustufen ist (dazu I.). Zum anderen war zu entscheiden, ob dem Sozialversicherungsschutz eine etwaige Sittenwidrigkeit der Beschäftigung entgegensteht (dazu II.).

I. Pflichtversichert in den gesetzlichen Sozialversicherungen ist unter anderem, wer gegen Arbeitsentgelt beschäftigt ist (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV; speziell: § 25 Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 1 SGB III, § 5 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI; § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII; § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI).

Gemeinsamer Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 SGB IV.

1. Das BSG wendet diesen Beurteilungsmaßstab nicht in seiner heutigen Form an; vielmehr blieben, da der zu beurteilende Sachverhalt in das Jahr 1993 fiel, die danach erfolgten Änderungen des § 7 SGB IV unberücksichtigt. Das bedeutet aber keineswegs, dass dem Urteil für die heutige Rechtslage keine Bedeutung mehr zukommt, vielmehr zeigt ein kurzer Rückblick, dass die Rechtslage nach einem turbulenten Intermezzo weitgehend wieder zum Ausgangszustand zurückgekehrt ist:

- Bis Ende 1998 – also auch zum Zeitpunkt des vom BSG zu beurteilenden Sachverhaltes – definierte § 7 Abs. 1 SGB IV den Begriff Beschäftigung als nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Da weitere gesetzliche Erläuterungen fehlten, wurde die Begriffskonkretisierung von der sozialgerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenwirken mit dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum übernommen. Dabei wurden einerseits Anleihen beim arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff genommen, andererseits wurde aber auch die Eigenständigkeit des sozialrechtlichen Begriffes betont (vgl. statt vieler: Schulin/Igl, Sozialrecht, Rdn. 130 – 138 m. w. N.).
- Durch das „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“ vom 19. 12. 1998 (BGBl. I S. 3843) wurde dann § 7 Abs. 4 SGB IV eingeführt. Die Regelung, mit der die Abgrenzung zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung erleichtert werden sollte, gab vier Kriterien vor. Waren mindestens zwei dieser Kriterien erfüllt, so wurde eine Vermutung zugunsten abhängiger Beschäftigung ausgelöst. Da jedoch die vier Kriterien den zuvor von Rechtsprechung und Wissenschaft herausgebildeten Merkmalskatalog nicht vollständig abdeckten, stellte sich die Frage, ob der Gesetzgeber den sozialrechtlichen Begriff der abhängigen Beschäftigung neu definieren wollte, ob es gar zu Fernwirkungen auf den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff kommen sollte. Aus dem Umstand, dass mit der Erfüllung der Kriterien nur eine Vermutung zugunsten abhängiger Beschäftigung ausgelöst wurde, ließ sich jedoch folgern, das Gesetz setzte nach wie vor einen jenseits der Vermutung liegenden, von ihr unabhängigen Beschäftigtenbegriff voraus. So betrachtete die Neuregelung nur eine Beweislastregel in Form

einer widerleglichen Vermutung, zu deren Widerlegung auf den hergebrachten Beschäftigtenbegriff abzustellen war (vgl. Hanau, ZIP 1999, 252). Als bald setzte sich daher die Ansicht durch, die Neuregelung lasse den sozialrechtlichen Beschäftigtenbegriff und erst recht den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff unverändert (Berndt, MDR 1999, 210, 214; Buchner, DB 1999, 146, 151; Hanau, ZIP 1999, 252; Löwisch, BB 1999, 102, 106 f.; Olbing, ZIP 1999, 226, 229; Schiefer, DB 1999, 48, 51; Sommer, NZS 2000, 122, 125 f.; Weimar/Goebel, ZIP 1999, 217).

- Diese Überlegungen hat sich dann die sog. Dieterich-Kommission zu Eigen gemacht (vgl. Abschlussbericht NZA 1999, 1260), auf deren Anregung hin § 7 Abs. 4 SGB IV durch das „Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit“ vom 20. 12. 1999 (BGBl. I/2000, S. 2) erneut geändert wurde. Dabei wurden nicht nur die vier Abgrenzungskriterien überarbeitet und um ein fünftes ergänzt (dazu etwa: Bauer/Diller/Schuster, NZA 1999, 1297, 1298 - 1300; Sommer, NZS 2000, 122, 126f.), vielmehr enthält das Gesetz nunmehr ausdrücklich die Klarstellung, dass es sich lediglich um eine widerlegliche Vermutung handelt (vgl. § 7 Abs. 4 S. 3 SGB IV), eine Vermutung, die nur für den Fall Bedeutung haben soll, dass eine erwerbstätige Person ihre Mitwirkungspflichten nach § 206 SGB V oder nach § 196 Abs. 1 SGB VI missachtet. Damit wurde die Sichtweise, die sich bereits hinsichtlich der Vorgängernorm durchgesetzt hatte, konsequent fortgeführt: Statt den sozialrechtlichen Beschäftigtenbegriff oder gar den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu modifizieren, wird nur eine Beweislastregel für den Fall getroffen, dass dem zuständigen Entscheidungsträger die zur Handhabung des hergebrachten Beschäftigtenbegriffes nötigen Tatsacheninformationen fehlen. Die Kriterien haben also keine materiell-, sondern nur verfahrensrechtliche Bedeutung (Berndt, NJW 2000, 464). Dass somit der hergebrachte Beschäftigtenbegriff von den Änderungen unberührt bleibt, wird auch durch den ebenfalls neu eingeführten § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV verdeutlicht, denn dessen Aussage, eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers seien Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung, geht sichtbar auf Distanz zu den in § 7 Abs. 4 SGB IV genannten Abgrenzungskriterien und greift statt dessen die Grundformel des in ständiger Rechtsprechung entwickelten Begriffes auf (vgl. Berndt, NJW 2000, 464; Schmidt, NZS 2000, 57; Sommer, NZS 2000, 122, 126).

Nach alledem kann festgehalten werden, dass sich durch die Neuregelungen letztlich an dem hergebrachten Begriff der abhängigen Beschäftigung nichts geändert hat. Somit sind die Ausführungen des BSG zum Beschäftigtenbegriff uneingeschränkt verwertbar, obwohl sich das Gericht auf die 1993 maßgebende Rechtslage bezieht.

2. Vor diesem Hintergrund hat es ungebrochene Aktualität, wenn das BSG die Tätigkeit von Honorarkräften, die für ihren Auftraggeber via Bildschirmtext Dialoge sexuellen Inhaltes mit Dritten führen, nach der 1993 geltenden Rechtslage als abhängig Beschäftigte einstuft. Die Herleitung beginnt mit den in ständiger Rechtsprechung entwickelten Begriffsmerkmalen (vgl. II. 2. a der Gründe): Für abhängige Beschäftigung sei persönliche Abhängigkeit erforderlich, die – wie § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV nunmehr ausdrücklich klarstellt – insbesondere bei der Eingliederung in einen fremden Betrieb und bei einer Tätigkeit nach Weisung anzunehmen sei. Demgegenüber spreche ein eigenes Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und eine im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit für eine selbstständige Beschäftigung. Entscheidend sei das Gesamtbild der Arbeitsleistung, wobei es nicht auf die Ver-

tragsgestaltung, sondern auf die (möglicherweise abweichenden) tatsächlichen Arbeitsabläufe ankomme.

Die Anwendung dieser Grundsätze im konkreten Fall bewegt sich größtenteils in den Bahnen ständiger Rechtsprechung (vgl. II. 2. b und c der Gründe). Obwohl die Honorarkräfte nach ihrem Vertrag weitgehende Freiheiten hatten, ließ sich das Bundessozialgericht konsequent von den tatsächlichen Gegebenheiten leiten:

Erstens blieb unbeachtet, dass die Arbeitsleistung laut Vertrag zu Hause erbracht werden durfte, da tatsächlich im Betrieb des Auftraggebers gearbeitet wurde. Zweitens blieb unbeachtet, dass die Honorarkräfte laut Vertrag ihre eigenen Computer nutzen sollten, da tatsächlich ohne gesondertes Entgelt an Computern des Auftraggebers gearbeitet wurde. Drittens blieb unbeachtet, dass laut Vertrag dem Beklagten kein Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit zustand, gab es doch tatsächliche Bindungen an einen einvernehmlich aufgestellten Arbeitsplan. Viertens blieb schließlich unbeachtet, dass die Vertragsgestaltung die Honorarkräfte formal als Selbstständige behandelte. Da die Honorarkräfte des Weiteren einem Wettbewerbsverbot unterlagen und kein unternehmerisches Risiko trugen, ist gegen ihre Einordnung als abhängig Beschäftigte nichts zu erinnern.

Etwas mehr Beachtung hätte allenfalls die zu erbringende Tätigkeit selbst verdient. So lässt das BSG unerwähnt, dass die Honorarkräfte bei der Gestaltung der via Bildschirmtext geführten Dialoge nicht nur nach der ausdrücklichen Vertragsvereinbarung, sondern auch tatsächlich weitreichende Freiheiten hatten. Wie die Vorinstanz treffend ausführte, kann daraus jedoch ebenso wenig auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden, da es in der Natur der geschuldeten individuellen Dialoge liegt, dass sich diese aus sich selbst heraus entwickeln (LSG Schleswig-Holstein NZS 1999, 32). Verallgemeinert man diesen Gedanken, so gelangt man zu dem Satz, Weisungsfreiheit spreche dort nicht gegen abhängige Beschäftigung, wo sie in der Natur der zu erbringenden Tätigkeit gründet. Ein Satz, der bisher vor allem für die Erbringung von Diensten höherer Art fruchtbar gemacht wurde (vgl. ErfK-Preis, § 611 BGB Rdn. 105 m. w. N.), der jedoch – wie der vorliegende Fall zeigt – einen verallgemeinerbaren Grundsatz bereitstellt, um den die Dogmatik sowohl des Arbeitnehmer- als auch des Beschäftigtenbegriffes zu erweitern sein dürfte.

II. Während sich die Einordnung der Honorarkräfte als abhängig Beschäftigte – wie gezeigt – in den gewohnten Bahnen ständiger Rechtsprechung bewegt, betritt das BSG Neuland bei der Frage, ob eine etwaige Sittenwidrigkeit des Vertragsgegenstandes der Sozialversicherungspflicht bzw. dem Sozialversicherungsschutz der Honorarkräfte entgegensteht (vgl. I. 3. der Gründe).

1. Die wichtigste Weiche stellt das BSG, indem es die Frage der Sozialversicherungspflicht von § 138 BGB abkoppelt (vgl. II. 3. g der Gründe mit Nachw. zur Gegenansicht): Zwar sei ein wirksamer Arbeitsvertrag, sofern die Beschäftigung tatsächlich ausgeübt werde, hinreichende, nicht aber notwendige Bedingung der Sozialversicherungspflicht. Vielmehr sei anerkannt, dass auch ein unwirksames Vertragsverhältnis der Sozialversicherungspflicht unterliegen könne. Dies gelte – nach eigener Einschätzung entgegen der herrschenden Ansicht – auch für solche Vertragsverhältnisse, die wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB als nichtig einzustufen seien.

Zur Begründung sucht das Gericht zu Recht den Schulterschluss mit der zivilrechtlichen und arbeitsrechtlichen Dogmatik, denn dort bieten sich verschiedene Wege, um einem an sich nichtigen Rechtsgeschäft dennoch Rechtswirkungen beizumessen, wenn und soweit dies interessengerecht erscheint. Speziell im hier interessierenden Fall der Sittenwidrigkeit gibt es drei Konstruktionsmöglichkeiten, die vom BSG – allerdings in anderer Ordnung – angesprochen werden (vgl. II. 3. c und e der Gründe):

- Die vergleichsweise stärksten Rechtswirkungen entfaltet ein nichtiges Vertragsverhältnis, wo die sog. Lehre vom faktischen Vertrag angewendet wird. Ihr Grundgedanke ist, ein bereits vollzogenes Vertragsverhältnis dort für die Vergangenheit wie ein wirksames zu behandeln, wo die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nicht sachgerecht erscheint. Ein vom Bundessozialgericht nicht erwähnter Anwendungsfall dieser Überlegung ist die gesellschaftsrechtliche Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (vgl. BGHZ 3, 285; 8, 157; 11, 190; 13, 320; 17, 160; 55, 5); im vorliegenden Zusammenhang wichtiger ist freilich die – auch vom Bundessozialgericht thematisierte – Anwendung dieses Gedankens auf Arbeitsverhältnisse und freie Dienstverhältnisse (vgl. II. 3. e und d der Gründe, jeweils m. w. N.).
- Es gibt jedoch eine weitere, „unterhalb“ des faktischen Arbeitsverhältnisses angesiedelte Konstruktionsmöglichkeit, die vom Bundessozialgericht ebenfalls angedeutet wird: Fehlt es sowohl an einem wirksamen Vertrag als auch an einem faktischen Vertragsverhältnis, so hat derjenige, der die Leistung mit sexuellem Bezug zu erbringen hat, zwar keine vertraglichen Vergütungsansprüche, der Beschäftigte könnte aber immerhin versuchen, den Wert bereits erbrachter Leistungen mit Hilfe des Bereicherungsrechts erstattet zu verlangen. Einem bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch hinsichtlich Leistungen sexuellen Inhalts wird zwar oft der Kondiktionsausschluss des § 817 S. 2 BGB entgegenstehen, teilweise hat die Rechtsprechung § 817 S. 2 BGB aber auch mit Hinweis auf § 242 BGB unangewendet gelassen (vgl. BGHZ 111, 308, 311 – 313). So wurde dem sittenwidrig (Vor-) Leistenden doch noch zu einem Wertersatzanspruch verholten, der bei wirtschaftlicher Betrachtung eine „Quasi-Vergütung“ darstellt.
- Aber selbst dort, wo § 817 S. 2 BGB nicht mit Hinweis auf § 242 BGB ausgeschlossen, sondern angewendet wird, kann sich dies zugunsten des sittenwidrig Leistenden auswirken. Der Kondiktionsausschluss kann nämlich auch für die Rückerstattungsansprüche des anderen Teiles gelten mit der Folge, dass eine bereits erbrachte Vergütung nicht zurückverlangt werden kann, obwohl es an sich wegen § 138 BGB an einem Rechtsgrund für die Leistung fehlt. Auch auf diesem Wege kann es dazu kommen, dass demjenigen, der sich zu Betätigungen mit sexuellem Bezug verpflichtet hat, wirtschaftlich gesehen eine rechtsbeständige Vergütung verbleibt.

Den drei skizzierten Konstruktionsmöglichkeiten ist gemeinsam, dass abhängig Beschäftigten, die Handlungen mit sexuellem Bezug zu erbringen haben, auch im Falle nichtigkeitsbegründender Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) eine rechtsbeständige Vergütung verbleiben kann. Gleichmaßen stellt sich daher die Frage, ob solche Vergütungen der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht unterliegen.

Das BSG legt sich nur hinsichtlich der ersten Konstruktionsmöglichkeit ausdrücklich fest (vgl. II. 3. f. der Gründe m. w. N.): Ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis liege jedenfalls dann vor, wenn (trotz Nichtigkeit gem. § 138 BGB) ein faktisches Arbeitsverhältnis bestehe. Die Begründung überzeugt: Anknüpfungspunkt des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriffes sei nicht die zivilrechtliche Wirksamkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes, sondern die tatsächliche Beschäftigung (vgl. II. 2. a der Gründe). Wer aus unselbstständiger Arbeit Einnahmen erziele, solle nach dem System des Sozialversicherungsrechts kraft Gesetzes verpflichtet sein, diese teilweise zur Eigenvorsorge zu verwenden (vgl. II.3.g der Gründe). Dem stehe § 138 BGB nicht entgegen, denn der Schutzzweck dieser Vorschrift, den rechtlichen Zwang zu unsittlichen Handlungen auszuschließen, sei nicht tangiert, wenn hinsichtlich bereits erbrachter Leistungen die

sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht entstehe (vgl. II. 3. i der Gründe).

Diese Begründung, trifft allerdings nicht nur auf das faktische Arbeitsverhältnis, sondern gleichermaßen auf die bereicherungsrechtlichen Konstruktionsmöglichkeiten zu, denn auch hier führt eine tatsächliche Beschäftigung – wie gezeigt – zu rechtsbeständigen Einnahmen. Dennoch legt sich das BSG insoweit nicht fest. Zwar betont es, gem. § 40 AO unterlägen auch solche Einnahmen der Steuerpflicht und es weist auch darauf hin, dass der BGH bei der zweiten Konstruktionsmöglichkeit (bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch unter Ausschluss des § 817 S. 2 BGB) von der Sozialversicherungspflicht der erzielten Einnahmen ausgegangen sei, dennoch lässt das BSG aber letztlich offen, ob es Tätigkeiten gibt, die von der Rechtsordnung derart missbilligt werden, dass auch die Annahme einer Beschäftigung mit Versicherungs- und Beitragspflicht ausscheidet (vgl. II. 4. der Gründe). Insoweit bleibt die weitere Rechtsprechungsentwicklung abzuwarten.

2. Bei einer Gesamtschau der soeben umrissenen Möglichkeiten, Beschäftigungsverhältnisse mit sexuellem Bezug dogmatisch einzuordnen, zeigt sich, dass die Konstruktionsmöglichkeiten in einem Stufenverhältnis zueinander stehen. Vor diesem Hintergrund bietet sich die Möglichkeit, die verschiedenen Varianten nicht als konkurrierende Lösungsvorschläge gegeneinander auszuspielen, sondern zu einer abgestuften Dogmatik zusammenzufügen. Eine solche Abstufung, die m. E. in der Entscheidung des Bundessozialgerichtes angelegt ist, könnte dazu beitragen, Beschäftigungsverhältnisse mit sexuellem Bezug je nach der Schwere eines etwaigen Sittenverstößes unterschiedlichen Stufen rechtlicher Verbindlichkeit zuzuordnen und so flexibel auf die Vielgestaltigkeit der Lebenswirklichkeit zu reagieren. Setzt man die – bereits oben I. behandelte – Einstufung des Vertragsverhältnisses als Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit voraus, so ergeben sich folgende Abstufungen:

- **Wirksamer Arbeitsvertrag:** Auf der ersten Stufe sind Beschäftigungen in persönlicher Abhängigkeit einzuordnen, die entweder gar nicht oder nur so unbedeutend gegen die herrschende Rechts- und Sozialmoral verstoßen, dass die Nichtigkeitschwelle des § 138 BGB nicht überschritten ist. Hier kommt es zu einem wirksamen, alle Rechte und Pflichten begründenden (Arbeits-) Vertrag. Wird die vereinbarte Beschäftigung auch tatsächlich ausgeübt, so steht damit zugleich ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis fest, wie § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV („insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“) auch ausdrücklich klarstellt.
- **Faktischer Arbeitsvertrag:** Auf der zweiten Stufe stehen Verträge, die zwar wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nichtig sind, gleichwohl ein faktisches Vertragsverhältnis begründen. Wird ein Vertragsverhältnis dieser Stufe zugeordnet, so kann die versprochene Handlung mit sexuellem Bezug zwar nicht mit staatlicher Hilfe erzwungen werden, denn das verhindert § 138 BGB. Ist es jedoch bereits ohne staatlichen Zwang zu der unsittlichen Handlung gekommen, so kann die Lehre vom faktischen Vertrag das nichtige Rechtsgeschäft für die Vergangenheit wie ein wirksames behandeln und so zu quasivertraglichen Ansprüchen führen (zu diesen Wirkungen des faktischen Arbeitsverhältnisses: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 35 Rdnr. 34). Im Ergebnis stellt so der Staat vergangenheitsbezogen das (arbeits-) vertragsrechtliche Regelungsmodell mit seinen Schutzmechanismen und staatlichen Durchsetzungsmöglichkeiten zur Verfügung. Die Sozialversicherungspflicht ist dann konsequente Folge.
- **Bereicherungsrechtliche Lösung:** Auf der dritten Stufe erreicht der Sittenverstoß ein solches Ausmaß, dass der Staat den besonderen Schutz des Vertragsrechts insgesamt – also auch für

bereits erbrachte Leistungen – versagt. Das ist der Fall, wo die Anerkennung quasi-vertraglicher Ansprüche den Grundauffassungen der geltenden Rechtsordnung zuwiderläuft, was beispielsweise bei Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf der Bühne angenommen wurde (BAG AP Nr. 34 zu § 138 BGB), nicht jedoch bei einer Stripteasetänzerin (BAG AP Nr. 18 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis). Hier kann es – wie bereits ausgeführt – vor allem zu einer bereicherungsrechtlichen Abwicklung kommen.

3. Wie lässt sich entscheiden, welcher der vorgenannten Stufen ein konkretes Vertragsverhältnis zuzuordnen ist? Das BSG stellt nicht nur auf den sexuellen Bezug der Tätigkeit als solchen, sondern schwerpunktartig auf die Modalitäten des sexuellen Kontaktes ab (vgl. II. 3. b der Gründe). Die dabei aufgestellten Kriterien haben Bedeutung über den entschiedenen Fall hinaus. Sie lassen sich im wesentlichen zwei Gruppen zuordnen:

- Zum einen betont das Bundessozialgericht die Bedeutung der Anonymität des Kontaktes. Im zu entscheidenden Fall wurde der sexuelle Kontakt nur schriftlich über ein elektronisches Medium aufgenommen (Bildschirmtext). So konnte der Beschäftigte seine Anonymität wahren, sein Intimbereich wurde nur relativ schwach berührt. Das ändert sich, wo es zu akustischen, visuellen oder gar körperlichen Kontakten kommt. Auch dürfte dem Umstand Bedeutung zukommen, ob der Kontakt mittels elektronischer Kommunikationsmittel oder unter Anwesenden erfolgt.
- Zum anderen hält das BSG für wichtig, ob und inwieweit der Beschäftigte zum Objekt herabgewürdigt und sein Intimbereich zur bloßen Ware gemacht wird. Dies verneint das Gericht im konkreten Fall aus drei Gründen: Erstens handele es sich um einen auf zwei Personen begrenzten, also Dritten oder der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Dialog. Zweitens habe der Beschäftigte die freie Gestaltungsmöglichkeit hinsichtlich des Dialoginhaltes. Drittens bestehe die (auch tatsächlich in Anspruch genommene) Möglichkeit des Beschäftigten, die Dialoge jederzeit zu beenden. Ein gemeinsamer Grundgedanke dieser Überlegungen liegt wohl darin, die staatliche Missbilligung von der Ausgewogenheit der Kommunikationssituation abhängig zu machen.

III. Insgesamt macht die Entscheidung des BSG deutlich, dass § 138 BGB keineswegs alle Beschäftigungsverhältnisse mit sexuellem Bezug in ein rechtliches Vakuum abdrängt. Vielmehr ist die Entscheidung über die Sozialversicherungspflicht von § 138 BGB abzukoppeln. Neben dieser Kernaussage verdeutlicht die Entscheidung, dass für die rechtliche Behandlung von Beschäftigungsverhältnissen mit sexuellem Bezug eine abgestufte Dogmatik zur Verfügung steht, mit der flexibel auf die Vielgestaltigkeit der Lebenswirklichkeit reagiert werden kann. Freilich bleibt abzuwarten, ob an dieser Dogmatik weiterzubauen ist oder ob der Gesetzgeber die rechtliche Handhabung von Rechtsgeschäften mit sexuellem Bezug auf neue Grundlagen stellen wird.

*Prof. Dr. Jochem Schmitt,  
Freie Universität Berlin*